

SIMPOSIUM MASYARAKAT ADAT II

GERAKAN MASYARAKAT ADAT DAN PEMBARUAN HUKUM

PERINGATAN 3 TAHUN PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
NO. 35/PUU/IX/2012 TANGGAL 16 MEI 2013

Urgensi Hukum Adat Dalam Pembaruan Hukum (Pidana) Nasional

Tommy Indyan, SH



Urgensi Hukum Adat
Dalam Pembaruan Hukum (Pidana) Nasional

Tommy Indyan, SH

Pendahuluan

Pembaharuan hukum pidana nasional merupakan salah satu masalah besar yang dihadapi bangsa Indonesia, khususnya dalam rangka mengubah dan mengganti KUHP (WvS) warisan kolonial Belanda yang sekarang berlaku karena dianggap tidak sesuai lagi dengan tuntutan dan nilai-nilai yang berkembang di masyarakat, menjadi KUHP Baru yang bersifat nasional sesuai dengan pandangan hidup bangsa yang berakar pada nilai-nilai sosial, budaya dan struktur masyarakat Indonesia.

Berkaitan dengan hal tersebut, maka pembaharuan hukum pidana di Indonesia khususnya hukum pidana material, sudah dilakukan sejak tahun 1946 dengan dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946. Pasal 5 Undang-Undang tersebut menentukan bahwa "peraturan hukum pidana, yang seluruhnya atau sebagian sekarang tidak dapat dijalankan atau bertentangan dengan kedudukan Republik Indonesia sebagai negara merdeka atau tidak mempunyai arti lagi, harus dianggap seluruhnya atau sebagian sementara tidak berlaku lagi". Sedangkan dalam pasal 8 merupakan perubahan kata-kata dan penghapusan berbagai pasal dalam KUHP. Namun perubahan yang demikian masih bersifat tambal sulam atau parsial, sehingga perlu dilakukan upaya pembaharuan secara menyeluruh atau pembaharuan secara total.

Sehubungan dengan hal tersebut, Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa usaha melakukan pembaharuan hukum (pidana) pada dasarnya merupakan kegiatan yang berlanjut dan terus menerus (kontinu) tak kenal henti. Jerome Hall menyebutkan dengan istilah "*a permanent on going enterprise*". Khususnya di bidang pembaharuan hukum pidana, Jerome Hall menyatakan "*improvement of the criminal law should be a permanent on going enterprise and detailed records should be kept*". Dengan demikian menurut Jerome Hall "perbaikan/pembaharuan atau pengembangan hukum pidana harus merupakan suatu usaha permanen yang terus menerus dan berbagai catatan/dokumen rinci mengenai hal itu seharusnya disimpan dan dipelihara".

Dalam rangka melakukan pembaharuan hukum pidana di Indonesia, tentu tidak terlepas dari tugas politik hukum untuk meneliti perubahan-perubahan yang perlu diadakan terhadap hukum yang ada sehingga dapat memenuhi tuntutan-tuntutan dan kebutuhan-kebutuhan baru dalam masyarakat. Politik hukum berusaha meneruskan arah perkembangan tertib hukum, dari *ius Constitutum* yang bertumpu pada kerangka landasan hukum yang terdahulu menuju pada penyusunan hukum di masa datang atau *ius Constituendum*.

Barda Nawawi Arief secara jelas merumuskan latar belakang dan urgensi pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosiopolitik, sosiofilosofis, sosiokultural. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformulasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan

sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Secara singkat dapatlah dikatakan, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value oriented approach*).

Menurut Prof. Sudarto, paling sedikit ada tiga alasan untuk mengadakan pembaharuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tersebut, yaitu politis, sosiologis, dan praktis. Dipandang dari segi politis, Negara Republik Indonesia yang telah lama merdeka, sudah sewajarnya mempunyai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang diciptakan sendiri. Konsep KUHP yang diciptakan sendiri itu dapat dipandang sebagai lambang hukum nasional dan merupakan suatu kebanggaan dari negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari pengaruh hukum pada masa lalu.

Dipandang dari segi sosiologis, yang lebih tepat dari segi antropologis, sebagaimana telah dikemukakan oleh para sarjana hukum adat seperti Van Vollenhoven, Ter Har, Idema, yang pada garis besarnya dapat disimpulkan bahwa *Wetboek van Strafrecht* atau KUHP yang berasal dari Nederland ini sudah tidak cocok lagi bagi bangsa Indonesia. Dalam KUHP tersebut belum mencakup perbuatan-perbuatan yang menurut ukuran bangsa Indonesia harus diancam dengan pidana, ternyata tidak dipidana dalam KUHP, misalnya masalah sumbang atau *incest*.

Dipandang dari segi praktek sehari-hari mengapa KUHP sekarang itu harus segera diganti, karena tidak banyak orang yang menyadari bahwa sampai saat sekarang ini teks resminya dari KUHP yang berlaku di Indonesia ini masih bertuliskan dalam bahasa Belanda. Apabila petugas penerap hukum hendak menerapkan ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalamnya secara tepat seharusnya petugas tersebut mengerti bahasa Belanda. Praktek hukum ini sulit diharapkan dari bangsa Indonesia yang pada masa sekarang sudah banyak yang kurang mengerti bahasa Belanda, oleh karena itu KUHP yang masih berlaku ini harus segera diganti kodifikasi Indonesia yang bersifat nasional.

Dengan menggunakan metode perbandingan hukum, hukum pidana Indonesia sebagaimana terkandung dalam KUHP/WvS yang saat ini berlaku yang termasuk ke dalam keluarga *civil law system* atau *Romano-Germanic family* bukan satu-satunya konsep hukum untuk memecahkan masalah hukum. Sebenarnya masih ada konsep atau sistem hukum lain yang sepatutnya dikaji untuk lebih memantapkan upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

Pada Kongres PBB V tahun 1975 yang mengambil topik *Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, dihimbau pentingnya perubahan terhadap sistem hukum pidana yang sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan dan tidak berakar pada nilai-nilai budaya masyarakat. Himbauan ini lebih ditujukan pada usaha untuk melakukan pemikiran ulang terhadap keseluruhan kebijakan kriminal (*to rethink the whole of criminal policy*).

Memahami asumsi tersebut, jelaslah bahwa usaha untuk mengkaji dan menggali hukum adat dan nilai-nilai yang hidup di masyarakat yang tersebar di Nusantara terasa begitu penting. Pemikiran ini juga mendapat dukungan, seperti dari Roeslan Saleh yang mengatakan bahwa "... hal keberlakuan hukum adat khususnya, perlu mendapat perhatian. Ada hal yang memang dapat disusun dan akhirnya disistematik sedemikian rupa, sehingga berlaku sebagai bagian dari hukum pidana keseluruhan, yaitu yang dapat dimasukkan ke dalam hal-hal yang dapat meniadakan kesalahan tersangka/terdakwa, ataupun hal-hal yang akhirnya membenarkan perbuatan tersangka/terdakwa, hal-hal yang dalam ajaran hukum pidana termasuk dalam ajaran melawan hukum materiil dan ajaran kesalahan".

Sebagai identitas bangsa, eksistensi hukum adat mesti memiliki ciri dan karakteristik yang sesuai dengan filosofi dan budaya bangsa. Sudarto menegaskan bahwa, "tidak salah kiranya, kalau sampai batas tertentu dapat dikatakan bahwa hukum pidana suatu bangsa dapat merupakan indikasi dari peradaban bangsa itu".

Bertolak dari penjelasan di atas, maka menjadi jelaslah bahwa hukum adat di Indonesia mempunyai dasar berlakunya dan karenanya memiliki norma dan sanksi yang patut bagi masyarakat. Hukum adat tergolong ke dalam hukum tidak tertulis yang meliputi kebiasaan-kebiasaan yang timbul dan diikuti serta ditaati secara terus menerus, bahkan dapat melalui peralihan generasi yang berlangsung secara turun temurun oleh masyarakat adat di mana hukum adat itu tumbuh dan berkembang.

Oleh karena itu, menjadi pembahasan penting sejauhmana urgensi hukum adat dalam pembaharuan hukum pidana nasional.

II. Pembahasan

Ada 4 permasalahan yang muncul di dalam upaya pembaharuan hukum pidana ini. Keempat masalah itu adalah:

1. Kriminalisasi dan dekriminalisasi;
2. Masalah pemberian pidana;
3. Pelaksanaan hukum pidana;
4. Sejauh mana urgensi dibentuknya KUHP Nasional.

Pertama, kriminalisasi dan dekriminalisasi. Kedua istilah tersebut merupakan istilah yang agak baru dalam ilmu hukum. Dengan kriminalisasi dimaksudkan proses penetapan suatu perbuatan

orang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang dimana perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi yang berupa pidana. Terbentuklah peraturan hukum pidana yang siap untuk diterapkan oleh hakim dan selanjutnya apabila dajatuhkan pidana, dilaksanakan oleh kekuasaan administrasi (eksekutif). Sebaliknya pengertian dekriminalisasi mengandung arti suatu proses dimana dihilangkan sama sekali sifat dapat dipidananya sesuatu perbuatan. Dekriminalisasi ini harus dibedakan dengan depenalisasi, dimana perbuatan yang semula diancam pidana, ancaman pidana ini dihilangkan akan tetapi masih dimungkinkan adanya penuntutan dengan cara lain ialah dengan melalui hukum perdata atau hukum administrasi.

Masalah kriminalisasi ini erat kaitannya dengan *criminal policy*. *Criminal policy* adalah usaha yang rasional baik dari masyarakat/pemerintah untuk menanggulangi tindak pidana baik menggunakan sarana penal maupun non-penal.

Ada 4 syarat yang harus diperhatikan dalam melakukan kriminalisasi:

- 1) Tujuan. Tujuan kriminalisasi adalah menciptakan ketertiban masyarakat dalam rangka menciptakan negara kesejahteraan (*welfare state*),
- 2) Perbuatan yang dikriminalisasi harus perbuatan yang menimbulkan kerusakan meluas dan menimbulkan korban,
- 3) harus mempertimbangkan faktor biaya dan hasil, berarti biaya yang dikeluarkan dan hasil yang diperoleh harus seimbang,
- 4) Harus memperhatikan kemampuan aparat penegak hukum. Jangan sampai aparat penegak hukum melampaui bebannya atau melampaui batas.

Kedua, pemberian pidana. Banyak yang mengatakan/mengira bahwa masalah pemberian pidana ini semata-mata masalah hakim. Hal ini dapat dipahami ketika Pasal 10 KUHP dijatuhkan. Padahal arti penting penentuan kualifikasi delik adalah menentukan pembedaan yang akan dijatuhkan. Sudarto berpandangan bahwa masalah pemberian ini mempunyai dua arti:

- a. Dalam arti umum ialah menyangkut pembentuk undang-undang, ialah menetapkan stelsel sanksi pidana (pemberian pidana in abstracto);
- b. Dalam arti konkrit, ialah menyangkut berbagai badan atau jawatan yang kesemuanya mendukung dan melaksanakan stelsel sanksi hukum pidana itu.

Ketiga, pelaksanaan pidana. Undang-undang pidana tidak dapat beroperasi dengan sendirinya. Hukum hanya dapat beroperasi melalui orang. Untuk ini dibutuhkan peraturan-peraturan yang memungkinkan undang-undang pidana itu dilaksanakan. Pedoman pelaksanaan pidana ini adalah Hukum Acara Pidana (KUHAP). Sebelumnya adalah HIR dan undang-undang lain (UU Kepolisian, UU Kejaksaan, dan UU Mahkamah Agung). KUHAP hendak menyatukan penyidikan (penyidik berada di satu tangan) berdasarkan Pasal 284 ayat (2) KUHAP. Di Indonesia saat ini pelaksanaan hukum pidana masih fragmentaris dan instansi sentris. Hal ini yang harus dirubah jika ingin melaksanakan hukum pidana secara tepat sasaran dan berdaya guna.

Keempat, sejauh mana urgensi dibentuknya KUHP Nasional. Kalau kita sekarang sudah mempunyai Konsep Rencana KUHP, kita boleh merasa bersyukur. Namun melihat praktek bekerjanya sistem hukum pidana kita sekarang ini dapat diajukan pertanyaan sampai dimanakah urgensi bagi kita untuk mempunyai KUHP baru? Untuk memberi jawaban secara pasti sebenarnya harus diadakan penelitian bagaimana sesungguhnya. Akan tetapi WvS yang berlaku sekarang dan dalam bentuknya yang sekarang ini tidak dapat dipertahankan terus menerus tidaklah perlu dipersoalkan. Hanya saja alasannya terpaksa harus dicari secara spekulatif. Sedikitnya ada tiga alasan mengapa harus diadakan pembaharuan hukum pidana nasional. Selain ketiga pertimbangan tersebut, satu pertimbangan lagi, yaitu pertimbangan adaptatif atau sebisa mungkin mengadaptasikan perkembangan yang terjadi di dunia Internasional tanpa harus menghilangkan nilai-nilai nasional.

Indonesia merupakan negara kepulauan yang mempunyai beraneka ragam suku-suku bangsa, dan sudah tentu budaya serta norma-norma yang dianutnya akan berbeda-beda. Keanekaragaman ini akan melahirkan tata nilai yang berlain-lainan dari bernagai suku-suku masyarakat dalam memandang dan menyelesaikan berbagai persoalan yang terjadi di kalangannya, tidak terkecuali pada kasus-kasus yang berkaitan dengan kehormatan dan kesusilaan, karena hal ini tidak saja para pihak yang terlibat dalam kasus tersebut, melainkan juga melibatkan komunitas masyarakat yang lebih luas.

Di dalam Pasal 18 B ayat (2) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, dinyatakan dengan tegas bahwa "Negara mengakui dan menghormati ketentuan-ketentuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang". Demikian pula Pasal 28 I ayat (3) dinyatakan bahwa, identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban.

Di dalam lampiran Undang-Undang Nomor 17 tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005-2025 huruf G, juga menegaskan bahwa dalam era reformasi upaya perwujudan sistem hukum nasional terus dilanjutkan mencakup beberapa hal: Pertama, pembangunan substansi hukum, baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis telah mempunyai mekanisme untuk membentuk hukum nasional yang lebih baik sesuai dengan

kebutuhan pembangunan dan aspirasi masyarakat... Ketiga, pelibatan seluruh komponen masyarakat yang mempunyai kesedaran hukum tinggi untuk mendukung pembentukan sistem hukum nasional yang dicita-citakan.

Uraian tersebut menunjukkan, bahwa hukum tidak tertulis atau hukum adat mempunyai kedudukan yang mapan secara konstitusional. Eksistensi hukum tidak tertulis ini dapat dirasionalisasikan ketika kepentingan politik pembentukan sistem hukum nasional atau pembaharuan hukum menuntut hukum tidak tertulis menjadi bagian dari sakralitasnya.